

DESAPROPRIAÇÃO E A JUSTA E PRÉVIA INDENIZAÇÃO: QUESTÕES CONTROVERTIDAS ACERCA DA MENSURAÇÃO DA INDENIZAÇÃO NO PROCESSO EXPROPRIATÓRIO

DESAPROPIACIÓN Y LA JUSTA Y PREVIA INDEMNIZACIÓN: CUESTIONES CONTROVERTIDAS ACERCA DE LA MENSURAÇÃO DE LA INDEMNIZACIÓN EN EL PROCESO EXPROPRIATÓRIO

Thiago Penido Martins
Rodolpho Barreto Sampaio Júnior

RESUMO

O instituto de desapropriação constitui uma das mais importantes formas de intervenção do Estado na propriedade privada, mediante a qual o proprietário é constrangido a transferir a sua propriedade ao poder estatal, sendo-lhe garantido o direito a uma indenização prévia e justa. Um dos pontos mais controvertidos em uma ação expropriatória é, certamente, a apuração do valor do bem a ser expropriado e determinação do montante indenizatório. Dessa forma, o presente artigo tem como principal objetivo proceder à detida análise de algumas das principais questões controvertidas relacionadas à avaliação judicial de bens expropriados, de modo a contribuir para a efetividade do princípio constitucional da justa e prévia indenização.

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade Privada. Desapropriação; Avaliação; Justa e Prévia Indenização.

RESUMEN

El instituto de desapropiación constituye una de las más importantes formas de intervención del Estado en la propiedad privada, mediante la cual el propietario es constrangido a transferir su propiedad al poder estatal, siéndole garantizado el derecho a una indemnización previa y justa. Uno de los puntos más controvertidos en una acción expropriatoria es, ciertamente, el recuento del valor del bien a ser expropriado y determinación del montante indenizatorio. Así, el presente artículo tiene como principal objetivo proceder al detenido análisis de algunas de las principales cuestiones controvertidas relacionadas a la evaluación judicial de bienes expropriados, de modo a contribuir para la efectividad del principio constitucional de la justa y previa indemnización.

PALABRAS-LLAVE: Propiedad Privada. Desapropiación; Evaluación; Justa y Previa Indemnización.

1 – Introdução

A desapropriação, hodiernamente, enquanto uma das formas mais importantes de intervenção do poder público na propriedade privada, constitui garantia constitucional ao direito de propriedade elevada à condição de direito garantia individual. Apesar de o próprio texto constitucional atribuir ao instituto da desapropriação a condição de garantia fundamental ao direito de propriedade, essa afirmação não é tão consensual,¹ haja vista que ainda existem aqueles que a consideram um atentado, uma violência contra o proprietário.²

A desapropriação é instituto jurídico mediante o qual a “*autoridade pública competente, em casos expressos em lei e mediante indenização, determina que a propriedade individual seja transferida a quem dela se utilize em interesse da coletividade*”³. Consiste na capacidade do “*Estado de extinguir, limitar ou restringir, mediante indenização, o direito individual*”⁴. CRETELLA JÚNIOR⁵ define como “*o ato pelo o qual o Estado, necessitando de um bem para fins de interesse público, subtrai (em benefício próprio ou de terceiros) direito do proprietário sobre esse bem, mediante prévia e justa indenização em dinheiro.*”

A desapropriação, portanto, implica a transferência compulsória da propriedade privada ao patrimônio público em nome do interesse da coletividade. O proprietário é constrangido a transferir a sua propriedade ao poder estatal, sendo-lhe garantido o direito a uma indenização prévia e justa, fixada em observância aos princípios constitucionais da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, ou em respeito à liberdade do proprietário que consente com o valor da indenização proposto pelo poder público. Conforme destaca CARVALHO:

Neste contexto, a desapropriação não representa uma exteriorização de gratuito autoritarismo estatal. Os próprios fundamentos e pressupostos que a autorizam excluem a ideia de exercício aleatório do poder de império, Evidenciam, ao contrário, a necessidade da presença do bem estar da

¹ Conforme destaca MENDES: “E por que a expropriação, mesmo com indenização, nunca foi completamente absorvida pelos cidadãos em geral, sejam eles proprietários, legisladores ou juízes?” (1993, p. 20). Em igual sentido FERNANDES, para quem “no Brasil, como internacionalmente, a desapropriação – eufemisticamente denominada em diversos contextos como ‘aquisição compulsória’ ou ‘exercício do domínio eminente do poder público’ – tem historicamente gerado tensões jurídicas e resistências políticas, tanto da parte dos proprietários afetados, como da parte dos juízes e tribunais envolvidos em processos de resolução de conflitos.” (2009, p. 23)

² SODRÉ, 1945, p. 7.

³ WHITAKER, 1927, p.3.

⁴ LEITE, 1921, p.13.

⁵ CRETELLA JÚNIOR, 1992, p. 22.

coletividade que justifique a utilidade pública. Esta é a ideia que se encontra fixada nas normas constitucionais e legais que atualmente regem a matéria no Brasil. (2009, p. 1095)

O instituto da desapropriação caminha, historicamente, em paralelo com o direito de propriedade, de modo que, a forma como determinada sociedade compreende a propriedade privada influenciará a compreensão e o delineamento do instituto da desapropriação.⁶ A evolução do instituto da desapropriação foi influenciada pela evolução do conceito de propriedade, especialmente pela concepção de que a propriedade privada, para além de satisfazer aos interesses egoísticos e individualistas de seu proprietário, também cumpre importante função social.⁷

O instituto da desapropriação, desde a Constituição de 1824, encontra-se positivado nos textos constitucionais. A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º, estabelece o rol de direitos e garantias fundamentais assegurados a toda e qualquer pessoa que esteja sob a jurisdição do Estado brasileiro. Dentre os direitos fundamentais positivados pelo texto constitucional está o direito de propriedade, disciplinado pelos incisos XXII e XXIII, os quais, além de garantirem o direito de propriedade, preceituam que esta deverá cumprir a sua função social.

Ainda no que diz respeito à proteção ao direito de propriedade, o inciso XXIV, do art. 5º, do texto constitucional, preceitua de forma expressa que competirá à legislação infraconstitucional disciplinar o procedimento de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos de desapropriação sanção previstos no texto constitucional e disciplinadas em legislação específica, tal como a desapropriação urbanística sancionatória disciplinada pelo Estatuto da Cidade.

Duas são as principais formas de desapropriação, a desapropriação por utilidade ou necessidade pública, disciplinada pelo Decreto-Lei 3.365/41, e a desapropriação por interesse social, disciplinada pela Lei 4.132 de 10 de setembro de 1962, diferenciando-se, basicamente, quanto às hipóteses de cabimento e finalidade da desapropriação, uma vez que adotam o mesmo

⁶ BEZNOS, 2010, p. 17.

⁷ De acordo com MONTEIRO: *“o homem, no passado, podia usar, gozar e dispor da coisa que lhe pertencesse, como melhor lhe aprouvesse, sem que fosse lícito opor qualquer restrição ao livre exercício desse direito. Todas as legislações, sem discrepância, proclamavam então a intangibilidade do domínio, verdadeiro resquício da propriedade quiritária, no direito romano, sinônima de direito absoluto, de propriedade absoluta. Gradativamente, porém, modificou-se essa concepção egoística e individualista, que logo se tornou obsoleta, graças às tendências fundamentais da civilização atual.”* (1998, p. 1)

procedimento expropriatório. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública encontra-se, atualmente, disciplinada pelos preceitos normativos contidos no Decreto-Lei 3.365/41, os quais, ao longo dessas últimas décadas, não foi objeto de mudanças profundas, permanecendo os seus dispositivos legais, especialmente no que se refere ao processo de desapropriação, praticamente intactos, fato que tem demandado a necessidade de uma releitura e reestruturação da disciplina normativa do instituto da desapropriação, especialmente com o desiderato de compatibilizá-lo, em determinados aspectos, aos preceitos constitucionais. De acordo com FERNANDES:

Além da evidente conveniência de se atualizar a legislação, aponta-se ainda para a necessidade de uma consolidação da legislação esparsa, tornando a aplicação, estudo e interpretação do instituto da desapropriação no país processos menos fragmentados. (2009, p. 28)

O procedimento de desapropriação tem início com a publicação de Decreto executivo para a declaração da utilidade pública dos bens que serão afetados. O Decreto que declara a utilidade ou necessidade pública tem o objetivo permitir que as autoridades administrativas autorizadas penetrem nos imóveis compreendidos na declaração, objetivando proceder ao cadastramento do terreno a ser desapropriado, de edificações e benfeitorias existentes, bem como a avaliação dos bens, determinando o valor da indenização a ser administrativa e judicialmente ofertada aos proprietários. Caso não haja concordância por parte dos expropriados quanto ao valor da indenização ofertado administrativamente, deverá ser proposta competente ação de desapropriação, que observará os procedimentos estabelecidos no Decreto-Lei 3.365/41.

2 – O direito à indenização prévia e justa: questões controvertidas

O inciso XXIV, do artigo 5º, da Constituição da República, é expresso e inequívoco ao preceituar que a desapropriação por utilidade ou necessidade pública está condicionada ao pagamento ao expropriado de indenização prévia, justa e em dinheiro. Considera-se prévia a indenização que se consuma antes de concretizada a transferência do bem expropriado ao patrimônio público. Por sua vez, considera-se justa, a indenização que reflita o real e efetivo valor do bem, ou seja, o valor deve ser suficiente para deixar o “*expropriado absolutamente*

indene, sem prejuízo algum em seu patrimônio”.⁸ Além do mais, exige-se que a indenização seja em dinheiro. CARVALHO FILHO, sobre a questão, destaca que,

Para que se configure a justiça no pagamento da indenização, deve esta abranger não só o valor real e atual do bem expropriado, como também os danos emergentes e os lucros cessantes decorrentes da perda da propriedade. Incluem-se também os juros moratórios e compensatórios, a atualização monetária, as despesas judiciais e os honorários advocatícios. (2010, p. 926)

De acordo com CARVALHO:

O fundamental é que haja um ressarcimento integral, colocando-se no patrimônio do antigo proprietário um montante que lhe permita adquirir um bem com atributos e características semelhantes ao que foi desapropriado. Quando se fala em recomposição patrimonial justa pelo desfalque que resulta da desapropriação, exclui-se qualquer enriquecimento indevido do titular do bem, assim como qualquer empobrecimento que lhe deixe em situação econômica inferior à intervenção do Estado. (2009, p. 1157)

O ato expropriatório, conforme é sabido, pode se concretizar pela via administrativa, situação na qual o proprietário anui com o valor ofertado pelo ente expropriante, ou pela via judicial, caso o expropriado não anua com o valor ofertado a título de indenização pela perda de sua propriedade. Neste caso, será distribuída a ação de desapropriação, competindo ao juízo da causa, conforme preceitos legais contidos no art. 14 do Decreto-Lei 3.365 de 1941, ao despachar a inicial, designar perito de sua livre escolha, sempre que possível, técnico, para proceder à avaliação dos bens a serem desapropriados, podendo, tanto expropriante, quanto expropriado, indicar assistente técnico ao perito, bem como apresentar quesitos. Competirá, portanto, ao perito nomeado pelo juízo, apresentar laudo de avaliação que servirá de parâmetro, de diretriz a permitir que este, no exercício de seu livre convencimento motivado, arbitre o valor da justa indenização pela desapropriação.

A justeza da indenização, portanto, decorrerá do consentimento do proprietário quanto ao valor ofertado pelo ente expropriante ou, em caso de discordância com o valor ofertado, assentar-se-á no provimento jurisdicional que fixa o valor indenizatório, o qual deverá estar fundamentado no conjunto de provas e argumentos levados ao conhecimento do juízo, em estrita observância aos princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.⁹ O valor deverá contemplar o valor da perda decorrente da desapropriação do

⁸ BANDEIRA DE MELLO, 2006, p.382

⁹ Conforme destaca MEIRELES, *“a indenização justa é a que cobre não só o valor real e atual dos bens expropriados, à data do pagamento, como, também, os danos emergentes e os lucros cessantes do proprietário, decorrente do despojamento do seu patrimônio. Se o bem produzia renda, essa renda há de ser computada no*

imóvel, abrangendo, basicamente, o valor do terreno, das benfeitorias e plantações por ventura existentes, em observância aos critérios e procedimentos técnicos estabelecidos pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), em especial, aqueles contidos na NBR 14.653-1. A indenização comporta, portanto, a indenização pela perda da propriedade, bem como o valor de suas benfeitorias e plantações, caso existentes.

3 - Questões controvertidas acerca da perícia técnica e laudo de avaliação

Certamente, um dos pontos mais controvertidos em uma ação expropriatória é a mensuração do valor do bem a ser expropriado e determinação do montante indenizatório. Diante da impossibilidade de composição administrativa, caberá ao juízo, considerando as provas carreadas aos autos, em observância aos princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, arbitrar o valor da indenização mediante provimento jurisdicional. A mensuração do valor indenizatório constitui atividade estritamente técnica, não se resumindo em simples operação matemática, razão pela qual dependerá da realização de perícia técnica a ser realizada por profissional habilitado e capacitado, a ser nomeado pelo juízo.¹⁰ O papel a ser desempenhado pelo perito é de tamanha relevância que MENDES aduz

preço, porque não será justa a indenização que deixe qualquer desfalque na economia do expropriado. Tudo que compunha seu patrimônio e integrava sua receita há de ser repostado em pecúnia no momento da indenização; se não for, admite pedido posterior, por ação direta, para complementar-se a justa indenização. A justa indenização, inclui, portanto, o valor do bem, suas rendas, danos emergente e lucros cessantes, além dos juros compensatórios e moratórios, despesas judiciais, honorários de advogados e correção monetária.” (2005, p. 162)

¹⁰ Conforme destaca HARADA “O laudo pericial é peça de capital importância no processo de desapropriação, sem o que não será possível a fixação do justo preço. Embora o princípio da autonomia propicie ao juiz a formação de sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos (art. 436, CPC), não há como desprezar o laudo pericial em matéria de avaliação do bem expropriando, para a fixação da indenização respectiva.” (2014, p. 133). Em igual sentido destaca SALLES que “é verdade que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos (art. 436 do CPC). Não é menos verdade, entretanto, que o laudo, sendo um parecer dos técnicos que levaram a efeito a perícia, é peça de fundamental importância para o estabelecimento daquela convicção. No feito expropriatório, principalmente, em que se veda ao expropriando a discussão de outras questões que não a de vícios do processo judicial ou a da impugnação do preço (art. 20 do Dec.-lei nº 3.365/41), a prova pericial assume primordial importância. Relevar notar que o § 1º do art. 23 da Lei de Desapropriações faz referência expressa às circunstâncias enumeradas no art. 27 do mesmo diploma, determinando que sejam indicadas no laudo pelo perito. Ora, tais circunstâncias são exatamente as que irão motivar o convencimento do magistrado na fixação do valor da indenização, devendo ser obrigatoriamente indicadas na sentença, nos precisos termos do citado art. 27.” (2009, p. 330/331). E, ainda, em (MENDES, 1993, p. 173)

que, “em matéria tão especializada, e de tanta repercussão, o juízo não é do juiz, mas do perito.”¹¹

Nos termos dos preceitos legais contidos no artigo 15, do Decreto-Lei 3.365/41, o ente expropriante requerer a urgência da desapropriação, situação na qual, realizado o depósito da quantia ofertada, poderá o juízo deferir ao expropriante a imissão provisória na posse do bem expropriado, independente da citação do proprietário. Conforme entendimento predominante no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, “*dada a urgência da desapropriação, a imissão provisória na posse do imóvel dispensa a citação do réu, bem como a avaliação judicial prévia e o pagamento integral*”, sendo que “*eventual diferença indenizatória em desfavor dos expropriados será aferida no curso do processo.*”

Ocorre, todavia, que na prática, inúmeros juízos, objetivando aferir se o valor ofertado corresponde ao valor justo de mercado e evitar possíveis danos aos interesses do expropriado, tem condicionado o deferimento da imissão provisória na posse à realização de avaliação prévia do bem expropriado e ao depósito do valor indenizatório por ela apurado. Esse procedimento, que não encontra previsão legal, é fruto de construções jurisdicionais,¹² e sua adoção tem sido responsável por relevante controvérsia acerca da mensuração do valor indenizatório, uma vez que propicia a existência de duas avaliações periciais relativas ao mesmo bem expropriado, realizadas em momentos distintos do processo. Isto porque, fatores temporais e circunstanciais, podem interferir indevidamente na mensuração do valor indenizatório, ao ponto de fazer surgir o seguinte questionamento: qual valor indenizatório deverá ser considerado com valor justo? O apurado mediante perícia prévia ou o apurado mediante a perícia definitiva, realizada sob o crivo da ampla defesa e do contraditório?

Para melhor compreensão da questão, indispensável tecer alguns esclarecimentos. Nas ações de desapropriação em que não há requerimento de urgência pelo expropriante, descabida a realização de avaliação prévia, uma vez que nesta hipótese a produção da prova pericial deverá ser realizada sob o crivo dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa,

¹¹ 1993, p. 175.

¹² Conforme alguns julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: “*Apesar de o depósito prévio a que se refere o art.15 do DL 3.365/1941 não se confundir com a justa e prévia indenização prevista no texto constitucional, conforme entendimento mais justo e equânime, revela-se prudente que se postergue a imissão para momento posterior a avaliação judicial prévia e provisória, especialmente quando levado em consideração o fato de que referida imissão se reveste de caráter definitivo. A avaliação prévia objetiva aproximar o valor do bem ao seu valor venal, evitando possíveis injustiças e depósitos ínfimos, não dispensando, porém, a avaliação definitiva a ser procedida na instrução processual, observadas as regras do contraditório e da ampla defesa. II. O entendimento supra não colide com o art. 15 do DL 3.365/1941, mas busca interpretá-lo em harmonia com o art. 5º, XXIV, da Constituição da República, segundo o qual, a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, far-se-á mediante prévia e justa indenização em dinheiro.*” (0348545-40.2013.8.13.0000; Rel.(a): Des.(a) Washington Ferreira; DJe 30/08/2013)

assegurando-se aos sujeitos processuais a oportunidade de formularem quesitos e indicar assistente técnico. Produzida a prova pericial e apresentado laudo de avaliação, eventuais omissões, obscuridades, imprecisões técnicas poderão ser objeto de impugnação pelos interessados e objeto de esclarecimentos pelo perito oficial, ao fim dos quais, competirá ao juízo, a partir das provas produzidas nos autos, formar livre e motivadamente seu convencimento, arbitrando em sentença o valor indenizatório.

Nos casos em que há requerimento de urgência pelo expropriante, indispensável distinguir duas situações: aquelas em que o juízo determina a citação do expropriado ou este comparece espontaneamente antes da realização da perícia, e aquelas em que, alegada a urgência pelo expropriante, o juízo, diferindo a citação do expropriado e, conseqüentemente, o exercício do contraditório e da ampla defesa, determina a realização de perícia prévia. Na primeira das situações, deverá se oportunizar aos sujeitos processuais formulação de quesitos e indicação de assistente técnico, de modo que a perícia adquira contornos de definitividade, atribuindo celeridade ao processo e evitando despesas desnecessárias com a realizada de nova perícia.

Caso, todavia, haja alegação de urgência pelo expropriante, competirá ao juízo imiti-lo provisoriamente na posse do bem expropriado, desde que comprovado o depósito do valor ofertado.¹³ Existindo fundada dúvida acerca da correção e justeza do valor ofertado, competirá ao juízo nomear perito técnico e determinar a realização de perícia prévia, diferindo o exercício do contraditório e da ampla defesa para a perícia definitiva, na qual deverá ser assegurado às partes a faculdade para apresentarem quesitos e indicar assistente técnico. Note-se, que nestes casos, a perícia prévia, para além de orientar na mensuração do valor a ser depositado para o deferimento da imissão provisória na posse, cumpre a importante função de inventariar e preservar no tempo as características do imóvel expropriado, servindo de substrato para a realização da perícia definitiva. Isto porque, em inúmeros casos, a imissão na posse é implicará na demolição das benfeitorias ou, a depender da destinação que se pretende conferir ao bem expropriado, na alteração de suas características, tais como a sua restauração ou ampliação.

Mas qual é o real cerne da controvérsia? Em inúmeros casos, em razão da morosidade na tramitação da ação expropriatória, verificar-se-á o transcurso de considerável lapso temporal

¹³ ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE. AVALIAÇÃO PROVISÓRIA. DESNECESSIDADE. DECRETO-LEI N. 3.365/41, ART. 15, § 1º. PRECEDENTES. A jurisprudência mais recente desta Corte aponta no sentido de que a interpretação do § 1º do art. 15 do Decreto-Lei n. 3.365/41 é a de que, dada a urgência da desapropriação, a imissão provisória na posse do imóvel dispensa a citação do réu, bem como a avaliação judicial prévia e o pagamento integral. (AgRg no Ag 1371208/MG; Rel. Min. HUMBERTO MARTINS; DJe 04/04/2011) Em igual sentido (AgRg na MC 18876/MG; Rel. Min. HERMAN BENJAMIN; DJe 22/05/2012)

entre a realização da avaliação prévia e a avaliação definitiva. O aspecto temporal, nestes casos, deverá ser objeto de controle jurisdicional, uma vez que o tempo, a execução das obras na localidade, mudanças no mercado, poderão influenciar e comprometer a mensuração do real valor do imóvel, majorando desproporcionalmente o valor indenizatório. Por este motivo, tanto o perito, quanto o juízo, quando da realização da perícia, deverão se atentar para o fato que esta deverá retratar e espelhar o valor do bem expropriado à época da imissão na posse, afastando os deletérios efeitos que o transcurso do tempo poderá ter sobre a veracidade e correção da avaliação do imóvel, que poderá ser supervalorizado, inclusive, em razão das obras realizadas pelo poder público expropriante, atribuindo-lhe uma mais valia indevida. Conforme destaca HARADA,

Entretanto, é oportuno esclarecer que a valorização decorrente da implantação da obra em função da qual se fez a desapropriação, também, não poderá ser incorporada ao preço da indenização. E essa incorporação ocorrerá sempre que houver reabertura de dilação probatória em segunda instância, motivada pelo longo prazo decorrido (...) Após a execução da obra, haverá transformações nas condições do local da desapropriação e qualquer coleta de elementos comparativos para a apuração de novo valor unitário, incorporará, necessariamente, a valorização direta e específica acarretada pela implantação do melhoramento público, o que não nos parece uma solução legal e justa. O art. 26 da Lei Básica de Desapropriação, erigiu como critério para apuração do valor da indenização o momento da avaliação, isto é, as condições e estado do imóvel expropriando na época da avaliação. (2014, p. 132-133)

Aqui cabem importantes considerações. Conforme anteriormente explanado, o valor indenizatório compreenderá tanto o valor de terreno quanto o valor das benfeitorias e plantações porventura existentes. No que concerne o valor do terreno, entende-se que a avaliação deverá perquirir e retratar a situação à época da imissão na posse, uma vez que é neste momento em que ocorre a perda fática e efetiva da propriedade, em razão do esvaziamento de seu conteúdo, uma vez que seu titular passa a não mais poder dela usar ou fruir.¹⁴¹⁵ Note-se que conforme

¹⁴ Salienta-se aqui que há, inclusive, restrição a faculdade de dispor do bem, uma vez que, após declarada a sua utilidade pública ou o interesse social, surge para o proprietário o dever de informar a eventuais interessados em adquiri-la que ela poderá ser objeto de desapropriação, sob pena de, agindo de má-fé, responder pelas perdas e danos a sua conduta omissa der causa.

¹⁵ Destaque-se, por oportuno, que a perda jurídica da propriedade somente ocorre com o registro da carta de sentença no cartório competente. Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, [...] *Subsiste, no regime da Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XXIV), a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal sob a égide das Cartas anteriores, ao assentar que só a perda da propriedade, no final da ação de desapropriação - e não a imissão provisória na posse do imóvel - está compreendida na garantia da justa e prévia indenização.* (STF, RE 196.586; Rel. Min. Octávio Galloti; Dj 26/04/1996). Em igual sentido: [...] o art. 15 do Decreto-lei n. 3.365/41 sempre foi interpretado em função de textos constitucionais que são, na sua essência, absolutamente iguais ao texto constitucional presente. Com efeito, a imissão na posse, quando há desapropriação, é sempre provisória, até porque é possível ao Estado, a seu talante, desistir da desapropriação. Por outro lado, trata-se de imissão na

entendimento doutrinário e jurisprudencial, os juros compensatórios, quando devidos, possuem como termo inicial de sua incidência a imissão provisória do expropriante na posse do bem expropriado, momento a partir do qual passa a sofrer as consequências da perda da posse e do consequente esvaziamento de sua propriedade. Nesse sentido é HARADA alerta que *“não se pode entender a propriedade à luz do artigo 1.228 do Código Civil, desfalçada em um de seus elementos essenciais que é a faculdade de gozar da coisa, exteriorizando-se na percepção de seus frutos e na sua utilização.”*¹⁶

Por sua vez, no que tange a avaliação das benfeitorias, a lógica adotada é a mesma, porém com uma pequena nuance. A avaliação das benfeitorias também deverá retratar o seu valor quando da imissão provisória na posse, sendo que, somente poderão ser avaliadas as benfeitorias existentes à época da declaração de utilidade pública ou de interesse social. As benfeitorias que porventura forem acrescidas posteriormente à declaração de utilidade pública ou interesse social só serão indenizadas se necessárias ou úteis, mas, neste caso, desde que previamente autorizada a edificação pelo expropriante. As benfeitorias voluptuárias edificadas posteriormente a declaração de utilidade pública ou interesse social, não serão indenizadas. Em razão deste entendimento, se torna importante ao expropriante, tão logo haja a declaração de utilidade pública ou interesse social, proceder ao cadastramento das benfeitorias a serem desapropriadas, evitando a adoção de condutas de má-fé pelo expropriado, em especial, atos tendentes a modificar as características do bem expropriado com o desiderato de obter vantagem indevida.¹⁷¹⁸ Nesse sentido, cumpre colacionar recente entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, segundo o qual,

A justa e integral indenização pela desapropriação, assegurada pelo artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição da República, deve ser quantificada, quando possível, com base na realidade mercadológica vigente no momento da imissão na posse, ocasião em que se deu a efetiva perda do uso e do gozo da propriedade. Realizada no feito perícia judicial contemporânea à imissão, devem as conclusões alcançadas na prova técnica inicial preponderar sobre o trabalho pericial definitivo, que, embora elaborado pelo mesmo perito e com

posse, o que significa dizer que se perde apenas a posse e não a propriedade, tanto assim que proprietário continua a ser o desapropriando, que pode, inclusive, alienar o seu direito de propriedade, cabendo então ao adquirente o recebimento da indenização que afinal vier a ser estabelecida na ação de desapropriação, para esse efeito. (STF, RE 176.108; Rel. Min. Moreira Alves, DJ 26/02/1999).

¹⁶ 2013, p. 128

¹⁷ Conforme saliente CARVALHO: *“No que pertine às benfeitorias posteriores ao ato inicial do procedimento de desapropriação, já se elucidou que apenas serão indenizadas as necessárias e, quando úteis, se tiverem sido autorizadas previamente pelo poder público. As benfeitorias que se qualificam como voluptuárias.”* (2009, p. 1164)

¹⁸ *“O conceito de justa indenização, na desapropriação, aplica-se par ambas partes do processo, porquanto não se revela justo ao expropriado receber valor inferior ao que lhe é devido, tampouco ao Estado pagar mais do que o valor de mercado.”* (REsp 867.010/BA, Primeira Turma, Min. Luiz Fux, DJ 03/04/2008).

base nos mesmos critérios de avaliação, equivocadamente considerou a realidade de mercado vigente quando de sua feitura, abarcando circunstâncias de valorização inexistentes no momento do efetivo desapossamento. (TJMG, Apelação n.º 5765376-77.2009.8.13.0024; Rel. Des. Corrêa Junior; DJe 10/05/2013)¹⁹

Esse entendimento também é adotado por outros Tribunais de Justiça, tal como ocorre no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo²⁰,

No que tange ao valor da indenização, deve ele pautar-se pelas características e condições mercadológicas verificadas no imóvel à data da imissão. Ora, o principal objetivo da perícia prévia é o de estabelecer as condições em que se encontravam o imóvel no momento da imissão na posse, e o secundário, por óbvio, é o de fixar os parâmetros da justa indenização, para viabilizar esta imissão. Já a segunda perícia é designada a fim de permitir uma discussão mais ampla sobre o valor da indenização, mormente porque, via de regra, as partes, especialmente os expropriados, não têm a oportunidade de apresentar quesitos, indicar assistente técnico, enfim, de produzir prova nesta primeira perícia, porque quando de sua realização, ainda não integraram o polo passivo da lide, na medida em que ela é elaborada, em geral, antes mesmo da citação. Entretanto, esta segunda perícia não pode considerar elementos que, à época da imissão na posse, inexistiam. De fato, inadmissível considerar na indenização apurada na segunda perícia a valorização do imóvel ou quaisquer outros fatores ocorridos após a imissão na posse, sejam eles em benefício ou em desfavor desta ou daquela parte, pois tal pretensão contraria o Princípio da Contemporaneidade, previsto no artigo 26, do Dec.-Lei 3365/41. A adotar-se entendimento em sentido contrário, não haveria sentido em designar-se a avaliação prévia, pois no decorrer do processo ela seria absolutamente descartada. Injusto é imputar à expropriante a obrigação de suportar valorizações decorrentes de benfeitorias realizadas por ela própria após a imissão. (...) Assim, em toda e qualquer avaliação realizada em processos de desapropriação e/ou servidão, o perito sempre deve observar, no laudo pericial definitivo, as condições do imóvel estabelecidas na avaliação prévia, ignorando valorizações posteriores, sejam elas decorrentes de benfeitorias realizadas pela expropriante, ou ainda de fatos alheios (TJSP, Rel. Des. Regina Capistrano, Apelação 91318069320098260000, Dj 02.06.11)

Cumpre salientar, dada relevância, que quando da perícia definitiva, realizada sob o crivo da ampla defesa e do contraditório, tanto os assistentes técnicos indicados, quanto o perito judicial, poderão constatar a existência de incorreções técnicas, omissões ou obscuridades trabalho pericial prévio. Constatada a existência de quaisquer incorreções técnicas é dever do perito prestar esclarecimentos e corrigir erros eventualmente existentes, bem como, havendo requerimento de realização de segunda perícia por qualquer das partes ou pelo juízo, retificá-las quando da realização da sua realização, inclusive para modificar o valor indenizatório. O

¹⁹ Em igual sentido TJMG. Apelação Cível nº 0716079-26.2008.8.13.0024. Rel. Des. Fernando Botelho. DJe 18/08/2011; TJMG. Apelação Cível nº 9939799-74.2009.8.13.0079. Rel. Des. Edilson Fernandes. DJe 09/03/2012; TJMG. Apelação Cível nº 0905521-70.2006.8.13.0027. Rel. Des. Eduardo Andrade. DJe 28/02/2013;

²⁰ Em igual sentido 0006093-98.2008.8.26.0292; Rel. Des. Urbano Ruiz; DJ 21/11/2011;

que não se pode admitir, sob pena de violação ao princípio constitucional da justa indenização e da vedação ao enriquecimento sem causa legítima, é que a perícia tome por base fatores e elementos que não correspondam ou retratem a situação do imóvel quando da imissão provisória da posse.²¹ Em nome do princípio da contemporaneidade, previsto no artigo 26, do Decreto-Lei 3.365/41, deverá prevalecer a avaliação que retrate mais fidedignamente o real valor do bem expropriado quando da perda da posse. Conforme esclarece CRETELLA JÚNIOR,

A doutrina dos diferentes países não é uniforme a respeito do momento básico a partir do qual se calcula o valor do bem. Um primeiro critério calcula o valor levando em conta o momento da provação dos planos de obras; um segundo critério fundamenta-se no estado do bem no momento da fixação judicial do preço; um terceiro critério elege época do arbitramento com a mais adequada para o cálculo do valor do bem. O legislador brasileiro optou pelo segundo critério, ou seja, pelo 'estado bem' no momento da fixação judicial do preço. Em outras palavras, o momento básico que antes era contemporâneo à época da declaração de utilidade pública (1941), agora é o da avaliação do bem (1956). Desse modo, a data da publicação do decreto é que declarava utilidade pública, e que fixava o momento básico do estado da coisa par cálculo do preço, mesmo que houvesse, para o futuro, variações do valor, foi substituída pela data da avaliação do bem. (1992, p.26.)

Na esteira do entendimento de SALLES,

Nos preciso termos do art. 26 do Dec.-lei 3.65/41, o valor da indenização será contemporâneo à avaliação. Vale dizer: o perito e os assistentes técnicos, na busca do justo valor de mercado do bem expropriando, deverão levar em consideração valor do momento em que é feita avaliação e não, com dispunha o referido artigo em sua redação anterior, o que possuísse no instante da declaração de utilidade pública. A atual redação do art. 26 decorre de modificação introduzida pela Lei 2.786, de 21.05.1956 (art. 3º) no conteúdo original da mencionada norma. (2006, p. 54)²²

Desta forma, em cumprimento ao princípio constitucional da justa indenização, contido no inciso XXIV, do artigo 5º, e parágrafo terceiro, do artigo 182, ambos da Constituição da República, bem como em nome do princípio da contemporaneidade, previsto no artigo 26, do Decreto-Lei 3.365/41, indispensável que a prova pericial realizada, em especial a avaliação

²¹ Preleciona HARADA no sentido de que, *“A incorporação da mais-valia no preço da indenização através de nova avaliação, após executada a obra pública é ilegal por afronta ao art. 26 da lei e inconstitucional por violar o preceito constitucional do justo preço, que é um conceito ambivalente, isto é, aplica-se tanto ao expropriado quanto ao expropriante. A mais-valia não deve acrescer à indenização nem deve compensar a indenização no caso de desapropriação parcial.”* (2014, p. 138)

²² E assim complementa: *“para que haja justiça e justiça na indenização é preciso que se recomponha o patrimônio do expropriado com quantia que corresponda, exatamente, ao desfalque por ele sofrido em decorrência da expropriação. Não deverá atribuir ao expropriado nem mais nem menos do que se lhe subtraiu, porque a expropriação não deve ser instrumento de enriquecimento nem de empobrecimento do expropriante ou expropriado.”* (2006, p. 511)

definitiva, espelhe e retrate fidedignamente o valor, o estado e as condições do imóvel na data da perda da posse, haja vista ser este o momento em que o expropriado se vê privado de exercer plenamente seu direito de propriedade, afastando, a mais-valia que possa provir de intervenções do poder público na localidade, para a execução das obras que motivaram a desapropriação, ou mesmo desvalorização decorrente de fatos superveniente.²³ Nestes casos, deve-se evitar que os efeitos do tempo possam interferir indevidamente nos elementos utilizados para a mensuração do valor indenizatório, sob pena de violação aos interesses tanto do expropriante, quanto do expropriado. Admitir a possibilidade de que o valor indenizatório possa ser modificado no curso do processo, poderia constituir verdadeiro estímulo para que o expropriado adotasse os meios necessários para protelar o resultado do processo, uma vez que fatores externos poderiam interferir indevidamente na mensuração da justa indenização.

A questão torna-se evidente quando se imagina aqueles casos em que entre a data da imissão provisória na posse e a realização da perícia, em razão da morosidade na tramitação da ação expropriatória, decorre prazo, em muitos casos, de anos. Nestes casos, indubitável que mudanças conjunturais poderão promover a valorização ou mesmo a desvalorização do imóvel. Imagine casos hipotéticos em que, após a imissão na posse, seja edificado nas proximidades um grande centro comercial ou mesmo se promova o alargamento e revitalização da via para a qual o imóvel tenha face. Por outro viés, imagine que a localidade em que o imóvel esteja situado seja afetada por alguma calamidade ou tenham as benfeitorias sobre ele edificadas sido depredadas por ação de terceiros.

Outro ponto polêmico, que retrata a importância de se discutir a influência do fator tempo sobre a mensuração do valor indenizatório, é aquele atinente aos casos em que a desapropriação recaia sobre imóvel que tenha sido objeto de invasão, dando origem a favelas. Em razão de políticas sociais habitacionais, é comum que o poder público promova, paralelamente à desapropriação do imóvel, à remoção das famílias nele estabelecidas para seu reassentamento em unidades habitacionais ou inclusão em programas de moradia. Nestes casos, a avaliação judicial, se realizada posteriormente à conclusão dos trabalhos de remoção, deverá retratá-lo em sua situação originária, antes da intervenção do poder público, promovendo uma adequada e justa depreciação de seu valor, uma vez que, nesta hipótese, o proprietário faticamente se assemelha a um nu-proprietário, uma vez que destituído da posse (domínio útil do bem). Avaliar

²³ Segundo preleciona SODRÉ *“nesse preço, cumpre salientar, jamais entrará como parcela, a valorização produzida pela obra para a qual se desapropria. Seria absurdo que o expropriante ficasse sobrecarregado com o benefício por ele espalhado. A luz desse princípio deve ser entendido o artigo 26 do nosso Decreto-Lei 3.365.”* (1945, p. 213).

o imóvel como se ele estivesse livre e desimpedido, representa favorecimento indevido a particular com o uso de verba pública, o que não deve ser admitido.²⁴

4 - O Fator de Comercialização, Terceiro Componente e Vantagem da Coisa Feita

Outro ponto extremamente controvertido é o relativo a incorporação ao laudo pericial do fator de comercialização, também denominado de terceiro componente. Inicialmente, cumpre salientar que, ao contrário do se pode pressupor, o fator de comercialização não deve ser confundido com o fundo de comércio, uma vez que tratam-se de conceitos completamente distintos. A própria NBR 14.653-1, norma técnica amplamente difundida e utilizada pelos peritos judiciais para avaliação de imóveis, esclarece que fator de comercialização é obtido a partir da *“razão entre o valor de mercado de um bem e o seu custo de reedição ou de substituição, que pode ser maior ou menor do que 1(um).”* Quando a razão obtida é superior a 1 (um) tem-se o que se denomina *vantagem da coisa feita*, que consiste *“no acréscimo de valor que um imóvel possui por estar construído e pronto para ser utilizado em relação a outro, ainda por construir.”*²⁵

Por sua vez, de acordo com a mesma NBR 14.653-1, considera-se fundo de comércio o *“bem intangível pertencente ao titular do negócio, decorrente do resultado de suas operações mercantis, composto entre outros de: nome comercial, freguesia, patentes e marcas.”* Nota-se, claramente, que o conceito de fundo de comércio retrata um bem intangível, cujo valor está diretamente relacionado ao modo de exploração da atividade empresarial, em especial, ao valor inerente a bens imateriais, tais como o nome empresarial, a clientela, ao aviamento, a higidez econômica da empresa, dentre outros, de modo que o seu valor deverá ser apurado precipuamente mediante perícia contábil e não mediante perícia em engenharia. Portanto, resta claro que se tratam de conceitos totalmente distintos que não podem ser confundidos sob pena de se incorrer em erro técnico capaz de interferir indevidamente na mensuração do justo valor de mercado do bem expropriado, em prejuízo aos interesses dos sujeitos processuais.

²⁴ Na hipótese aventada, o proprietário somente receberá o valor correspondente à indenização pela perda da propriedade caso comprove não existir em tramitação ações de usucapião. Reconhecida a aquisição da propriedade pelo ocupante, em razão de sua posse mansa e pacífica, pelo prazo legal, a este caberá o levantamento da indenização.

²⁵ ABNT 14.653-1

Ademais, cumpre salientar que nem sempre as pessoas do titular do fundo de comércio (fundo empresarial) e da propriedade expropriada coincidirão, de modo que as situações devem ser tratadas separadamente. Destaque-se, inclusive que, conforme recentes entendimentos do Superior Tribunal de Justiça, só é admissível discutir indenização pela perda do fundo de comércio no âmbito da ação expropriatória desde que aquele que explore a atividade empresarial seja também proprietário do imóvel, inexistindo razões para obriga-lo a propor ação própria. Se aquele que explora a atividade empresarial não é proprietário do estabelecimento objeto de desapropriação, deverá propor ação própria para ter reconhecimento o seu direito de ser indenizado pela perda do fundo de comércio, desde que comprove, mediante prova contábil, efetivo dano ao seu patrimônio.²⁶ Senão vejamos:

(...) O valor a ser pago na desapropriação deve corresponder real e efetivamente ao do bem expropriado, de modo a garantir a justa indenização prevista no art. 5º, XXIV, da CF/88, motivo pelo qual deve ser incluída a quantia correspondente ao fundo de comércio. 3. Distinta é a hipótese em que a indenização pela perda do fundo de comércio é pleiteada por terceiro, locatário do imóvel expropriado, exigindo-se o ajuizamento de ação própria destinada à busca desse direito. 4. A indenização pela perda do fundo de comércio, apesar de devida, deverá ser apurada pela via própria, sujeitando-se o pagamento respectivo ao regime constitucionalmente imposto às dívidas da Fazenda Pública (art. 100 da CF/88), salvo na hipótese em que o ente expropriante não detém tal prerrogativa, inexistindo previsão legal para se determinar o depósito de quantia provisoriamente apurada em laudo pericial e menos ainda para obstar a imissão na posse. (REsp 1395221 / SP; Rel. Min. ELIANA CALMON; DJe 17/09/2013)²⁷

Conforme destaca CARVALHO:

Especialmente em relação ao fundo de comércio, reconhece-se o dever de o Estado indenizá-lo na própria ação desapropriatória apenas se o seu titular foi o próprio dono do bem expropriado. Afinal, a indenização, para ser justa, tem que abranger tudo o que ele perdeu, pelo que nela se inclui o montante relativo ao fundo de comércio. Já no caso de o fundo de comércio pertencer a terceiro (ex. locatário), este não será incluído no cálculo da indenização. Cabe ao terceiro, em ação própria, buscar ressarcimento devido pelo poder público. (2009, p.1165)²⁸

²⁶ Nesse sentido AgRg no REsp 1199990 / SP; Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES; DJe 25/04/2012

²⁷ Note-se que de acordo com pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o deferimento da imissão provisória na posse não está condicionado ao depósito da quantia correspondente ao valor da indenização pela perda do fundo de comércio. (REsp 1.337.295/SP; Rel. Min. HERMAN BENJAMIN; DJe 07/03/2014) (REsp 1.395.221/SP; Rel. Min. ELIANA CALMON).

²⁸ Em igual sentido MOTTA, para quem *“o locatário, titular de direito pessoal ou obrigacional, não se sub-roga no valor da indenização por não ser titular de um direito real. Isso não significa que não fará jus à indenização; trata-se de responsabilidade objetiva do Estado, cabendo ao prejudicado pleiteá-la por meio de ação autônoma.”* (2004, p. 746)

Esclarecida a diferença conceitual existente entre fator de comercialização e fundo de comércio, indispensável voltar os olhos para a questão relativa a adequação da incorporação do fator de comercialização nas avaliações destinadas a mensurar o valor de imóveis objetos de desapropriação. Conforme antecipado, fator de comercialização é obtido a partir de uma operação matemática mediante a qual divide-se o valor de mercado do bem (apurado, em regra, a partir do método evolutivo), pelo custo de reedição do bem expropriado, (apurado a partir da soma do valor do terreno, obtido pelo método comparativo, mediante inferência estatística, com o valor referente às benfeitorias, obtido pelo método CUB)²⁹³⁰.

O resultado obtido a partir da referida operação matemática será maior do que 1(um), nas hipóteses em que o valor de mercado do bem expropriado é superior ao seu custo de reedição calculado, ou menor do que 1(um), nas hipóteses em que o valor de mercado do bem foi inferior ao seu custo de reedição. Quando o resultado é superior a 1 (um) tem-se o que se denomina *vantagem da coisa feita (going value)*. Desta forma o valor final do imóvel poderá ser determinado a partir da seguinte fórmula VI (Valor do Imóvel) = (VT (Valor do Terreno) + CB (Custo de Reedição da Benfeitoria) x FC (Fator de Comercialização).

Esse método avaliativo garante que a avaliação do imóvel reflita não apenas o seu valor isoladamente considerado (valor de terreno + valor de benfeitorias), uma vez que contextualiza o valor do imóvel dependendo do local analisado, da tipologia do imóvel e da conjuntura do mercado na época da avaliação. Ocorre, todavia, que a adoção do fator de comercialização, quando traduzido em vantagem da coisa feita, promoverá interferência indevida na mensuração do valor do bem expropriado, uma vez que o valor referente à "vantagem da coisa feita" acaba por equivaler ao lucro do incorporador, que já usufruiu das benesses das construções por ele

²⁹ O Custo Unitário Básico (CUB/m²) teve origem através da Lei Federal 4.591 de 16 de dezembro de 1964, artigo 54, calculado mediante metodologia da ABNT – NBR 12.721:2006. Seu objetivo é disciplinar o mercado de incorporação imobiliária, servindo como parâmetro na determinação dos custos dos imóveis. Em função da sua credibilidade, o CUB tem sido utilizado como indicador macroeconômico dos custos do setor da construção civil. É o indicador de custos da construção, que demonstra sua relevância e que busca adequar-se a todo o desenvolvimento da construção.

³⁰ A NBR 14653-1 prevê diversos métodos avaliativos, dentre eles: o método comparativo direto de dados de mercado, que "identifica o valor de mercado do bem por meio de tratamento técnico dos atributos dos elementos comparáveis, constituintes da amostra" (NBR 14653-1:2001, p. 8). O método involutivo que se baseia no aproveitamento eficiente do bem para determinar o seu valor de mercado, sendo muito usado para avaliar glebas urbanas. O método da capitalização da renda que "identifica o valor do bem com base na capitalização presente da sua renda líquida prevista, considerando-se cenários viáveis", o qual é geralmente usado na avaliação de empreendimentos de base imobiliária (hotéis, shopping centers). E o método evolutivo determina o valor do bem através da soma do valor do terreno e do custo da edificação. Neste método deve ser considerado um fator de comercialização (FC), o qual representa a tendência de valorização ou desvalorização do imóvel no mercado local. O fator de comercialização será um fator indicativo se o mercado é 'comprador' (FC > 1) ou 'vendedor' (FC < 1)". Ou seja, a determinação do FC permite, além de calcular o valor do imóvel, obter uma boa noção do comportamento do mercado imobiliário.

edificadas, não sendo justo e razoável incluir tal verba no valor indenizatório, que deverá espelhar exclusivamente o valor de mercado do bem. Nesse sentido, colaciona-se excerto do voto proferido na Apelação Cível n.º 225.442.5, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, segundo o qual,

A indenização pertinente ao 'going concern value' é indevida. No direito brasileiro, diferentemente do direito norte americano, o chamado 'valor acrescido' normalmente não é acolhido nas expropriatórias porque a perícia já é feita no sentido de abarcá-lo. Os valores unitários propostos já englobam todos os fatores determinantes dos valores finais, não admitindo-se, por consequência, qualquer acréscimo, quer a título de 'vantagem de coisa feita', quer a título de vantagem de comercialização - dados esses que são componentes embutidos no unitário da construção do prédio avaliando. Com efeito, se a avaliação se fez pelo valor de mercado de imóvel com uma certa "idade", não se justifica a adição do 'going value'. Em princípio, a vantagem só é cabível em um edifício recém acabado em que podem ser computados, além do custo do terreno, dos materiais de serviço, os juros de capital gradativamente investido ao longo do período de projeto em construção. Não é o que ocorre na hipótese vertente. O critério adotado pelo perito exclui o 'going value' exatamente porque o valor acrescido já está embutido no valor da construção, conforme estudo feito pela Comissão de Peritos nomeados pelo provimento n.º 2/86. O Supremo Tribunal Federal em acórdão antigo do Min. Cunha Peixoto já exarou o seguinte: "Na desapropriação, está o expropriante obrigado a indenizar o justo preço do bem expropriado, e não mais, descabendo, assim, condenação a título de verba para reembolso do capital going value' ou (frais de remploi)". (RE 90.428; Rel. Min. Cunha Peixoto, DJ 23-3-79)³¹

Em igual sentido, o Supremo Tribunal Federal, ainda na década de 70, do século passado, já se posicionava no sentido de não ser cabível a inclusão da vantagem da coisa feita para fins de mensuração do valor indenizatório, ao assim se manifestar

DESAPROPRIAÇÃO. Verba para reposição de despesas com aquisição de outro imóvel ('frais de remploi'). A desapropriação corresponde a indenização justa pela perda do imóvel, não pela aquisição de outro. Danos causados ao imóvel pelo expropriante, na qualidade de locatário. Ação própria. Vantagem da coisa feita ('going value'). Parcela indevida, se o laudo já adotara o valor atual do imóvel. II - Recurso extraordinário conhecido parcialmente, apenas quanto a parcela 'frais de remploi', mas não provido." (STF; RE 88767; RJ; Primeira Turma; Rel. Min. Thompson Flores; DJU 08/06/1979).

³¹ Em igual sentido: DESAPROPRIAÇÃO. VALOR. OBSERVÂNCIA DO LAUDO DEFINITIVO. 'VANTAGEM DA COISA FEITA'. PARCELA INDEVIDA. VERBA HONORÁRIA. Observância do comando do verbete nº 617 da Súmula do STF. Na indenização devida ao expropriado não se incluem os lucros denominados 'vantagem da coisa feita'. É devida a indenização por benfeitorias edificadas, cujo valor é aquele encontrado em laudo definitivo que preencha as regras técnicas. Os honorários advocatícios não incidem sobre a diferença entre o preço ofertado e o valor da indenização, ambos corrigidos." (TJDF; APC 5107698; Ac. 118120; DF; Segunda Turma Cível; Rel. Des. Romão C. Oliveira; Julg. 07/06/1999; DJU 06/10/1999; Pág. 09).

Desta forma, verifica-se que deve ser afastada a adoção do fator de comercialização nas avaliações destinadas a apurar o valor de imóveis a serem desapropriados, tendo em vista que, além de não encontrar amparo legal³², sua adoção poderá interferir indevidamente na mensuração do valor do imóvel, deturpando o conceito de justa indenização, inclusive em razão da impossibilidade de se determinar se o fato de o valor de mercado ser superior ao custo de sua reedição decorreu de alguma influência direta ou indireta da própria intervenção do poder público na localidade para execução do empreendimento. Ademais, há que se destacar que o expropriado, ao ter desapropriado o seu imóvel, tem a possibilidade de adquirir no mercado outro imóvel pronto semelhante ao seu, de forma que não necessariamente irá construir um novo imóvel, o que constitui mais um motivo para se afastar a inclusão da vantagem da coisa feita no cálculo do valor da indenização.

5 - Breves notas sobre a incidência dos juros moratórios e compensatórios

Outro tema bastante controvertido no âmbito do processo expropriatório é a questão da incidência de juros moratórios e compensatórios sobre o valor indenizatório, controvérsia que perpassa pela definição do percentual, base de cálculo e termo inicial de suas incidências. Os juros compensatórios são aqueles devidos pelo expropriante a título de compensação pela perda antecipada da posse em decorrência do deferimento da imissão provisória do expropriante na posse do bem expropriado. Portanto, destinam-se a compensar o que o desapropriado deixou de ganhar com a perda antecipada do imóvel, ressarcir as restrições ao uso e gozo econômico do bem, ou o que o proprietário deixou de lucrar, motivo pelo qual incidem a partir da imissão na posse do imóvel expropriado.³³

Conforme entendimento predominante no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, os juros compensatórios são devidos mesmo quando o imóvel desapropriado for improdutivo sendo que, nestes casos, a sua incidência justifica-se em razão da frustração da expectativa de

³² Nesse sentido: REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL. DESAPROPRIAÇÃO. INDENIZAÇÃO. APURAÇÃO POR LAUDO PERICIAL BASEADO EM NORMAS TÉCNICAS. VALOR REFERENTE À ""VANTAGEM DA COISA FEITA"". VERBA DESPROVIDA DE AMPARO LEGAL. JUROS MORATÓRIOS. DEPÓSITO EM JUÍZO. MORA NÃO CARACTERIZADA. EXCLUSÃO. O Município expropriante, antes mesmo da prolação da sentença, depositou o valor total da condenação. Inexistindo mora, impossível a incidência de juros moratórios (Processo nº 2918243-82.2004.8.13.0024, Desembargador Brandão Teixeira, data do julgamento 09/08/2010, data da publicação 18/08/2010)

³³ Conforme Súmula 69, do STJ, *"Na desapropriação direta, os juros compensatórios são devidos desde a antecipada imissão na posse e, na desapropriação indireta, a partir da efetiva ocupação do imóvel"*.

renda que decorre da possibilidade do imóvel ser aproveitado a qualquer momento de forma racional e adequada, ou até ser vendido com o recebimento do seu valor à vista.³⁴ Por outro lado, seguindo esta linha de raciocínio é que, por questões lógicas, diante da constatação de que o imóvel expropriando encontra-se invadido por terceiros, não se afigura adequada que haja a condenação ao pagamento de juros compensatórios, uma vez que o proprietário sequer detinha o domínio útil do bem.³⁵³⁶

Nos termos dos preceitos normativos contidos no artigo 15-A, do Decreto-Lei 3.365/41, nos casos em que houve o deferimento de imissão prévia na posse, na desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social, havendo divergência entre o preço ofertado pelo expropriante em juízo e o valor do bem expropriando, fixado na sentença, incidirão juros compensatórios de até 6% (seis por cento), ao ano sobre, o valor da diferença eventualmente apurada, a contar da imissão na posse, vedado o cálculo de juros compostos. A incidência de juros compensatórios, portanto, possui como termo inicial de incidência a data em que foi efetivada a imissão provisória na posse.

Saliente-se, todavia, que o referido preceito normativo é objeto de Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI 2332 MC, na qual foi deferida medida liminar para suspender a eficácia da expressão “até seis por cento”, sob o fundamento de violação ao princípio constitucional de justa e prévia indenização, bem como para, no que concerne à base de cálculo dos juros compensatórios prevista no referido preceito normativo, conferir-lhe interpretação conforme à Constituição, para se adotar o entendimento de que a base de cálculo será a diferença eventualmente apurada entre 80% do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença.³⁷

No que tange a base de incidência dos juros compensatórios, há que se tecer duas importantes considerações. A primeira delas, diz respeito a necessidade de proceder-se à atualização monetária, tanto do valor ofertado quanto daquele fixado na sentença, para efeito de se calcular a diferença sobre a qual incidirão, ou não, os juros compensatórios, bem como

³⁴ Resp. 1172512/TO; Primeira Turma; Rel. Min. LUIZ FUX; DJe 07/04/2011; Resp. 881524/BA; Segunda Turma; Rel. Min. MAURO CAMPBELL; DJe 04/02/2011

³⁵ A incidência de juros compensatórios somente se justifica caso seja reconhecida a aquisição da propriedade pelo ocupante, em razão de sua posse mansa e pacífica, pelo prazo legal. Neste caso se pode falar em compensação pela perda antecipada da posse.

³⁶ Destaque-se que o Superior Tribunal de Justiça possui julgados em sentido contrário ao sustentado (REsp 866.034/AC; DJ 03.11.2008; REsp 835833/PA, DJ 31.05.2007; AgRg no Ag 584.244/MG, DJ de 28.8.2006; REsp 648.833/SC, DJ de 7.11.2005)

³⁷ Cumpre salientar que se o valor levantado pelo expropriado for diferente da quantia correspondentes á 80% ao valor depositado, esta deverá ser a quantia considerada para fins de apuração da base de cálculo de incidência dos juros compensatórios.

para mensuração da sucumbência e, conseqüentemente, a base de cálculo dos honorários advocatícios, sob pena promover o enriquecimento sem causa legítima do expropriado e de seu advogado em prejuízo ao interesse público.³⁸

A segunda refere-se às hipóteses em que o preço ofertado corresponde àquele fixado em sentença. Nestes casos, os juros compensatórios, por destinarem-se a remunerar o capital que deixou de ser pago no momento da imissão provisória na posse, deverão incidir apenas sobre 20% desse valor, tendo em vista que tal porcentagem corresponde ao montante indisponível ao desapropriado. Caso o valor indenizatório seja igual ou inferior ao valor levantando pelo expropriado, quando da imissão provisória na posse, não haverá que se falar em incidência de juros compensatórios.

Os juros moratórios são devidos pelo expropriante em decorrência na mora no adimplemento de sua obrigação legal de indenizar o expropriado pela transferência compulsória de sua propriedade ao domínio público. PEREIRA destaca que a mora consiste “*no retardamento injustificado de parte de algum dos sujeitos da relação obrigacional no tocante à prestação.*” Desta forma, demonstrada a existência de inadimplemento da obrigação de indenizar a tempo e modo, deverão incidir juros moratórios, que possuirão como base de incidência o valor da indenização fixada judicialmente, corrigido monetariamente.

A incidência dos juros moratórios encontra-se disciplinada pelos preceitos normativos contidos no artigo 15-B, do Decreto-Lei 3.365/41, segundo os quais os juros moratórios, destinados a recompor as perdas decorrentes do atraso na satisfação da indenização fixada em provimento judicial transitado em julgado, serão devidos “*à razão de até seis por cento ao ano, e a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito*”³⁹ mediante precatório. Nos termos da Súmula Vinculante n.º 17, “*durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos*”. Desta forma, para os precatórios apresentados até 1º de julho, não haverá a incidência de juros de mora até 31 de dezembro do ano seguinte; para aqueles que

³⁸ Nesse sentido RE 114.170/RJ; Rel. Min. Francisco Rezek; DJ 18/12/1987; REsp 1111210 / BA; Rel. Min. CASTRO MEIRA; Segunda Turma; DJe 05/11/2010. Súmulas 131 e 141 do STJ.

³⁹ Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim (...) § 5º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

forem apresentados após 1º de julho, não incidirão juros de mora até 31 de dezembro do segundo ano subsequente.⁴⁰

Verifica-se, portanto, que após o advento da Emenda Constitucional n.º 62 de 2009, que alterou a redação dos parágrafos do artigo 100, da Constituição da República, criou-se verdadeiro marco divisório no que tange à incidência de juros compensatórios e moratórios, no sentido de que os juros compensatórios passaram a incidir a partir da imissão na posse até a expedição do precatório, com percentual de 6% (seis por cento) ao ano, incidente sobre o valor da diferença eventualmente apurada entre 80% do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença, ambos corrigidos e, os juros moratórios, passaram a incidir após 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito mediante precatório.⁴¹

6 - Considerações Finais

O instituto de desapropriação constitui uma das mais importantes formas de intervenção do Estado na propriedade privada, mediante a qual o proprietário é constrangido a transferir a sua propriedade ao poder estatal, sendo-lhe garantido o direito a uma indenização prévia e justa, fixada em observância aos princípios constitucionais da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Um dos pontos mais controvertidos em uma ação expropriatória é, certamente, a apuração do valor do bem a ser expropriado e determinação do montante indenizatório. Dessa forma, o presente artigo teve como principal objetivo proceder à detida análise de algumas das principais questões controvertidas relacionadas à avaliação judicial de bens expropriados, de modo a contribuir para a efetividade do princípio constitucional da justa e prévia indenização.

⁴⁰ Esta lógica só se aplica às pessoas de direito público, não se aplicando às pessoas de direito privado que porventura estejam habilitadas a propor a ação expropriatória, uma vez que a estas não se aplica o regime dos precatórios. Nestes casos o termo inicial de incidência dos juros moratórios é o trânsito em julgado da sentença de mérito de fixa o valor indenizatório. O entendimento sustentado também tornar necessário a revisão do conteúdo da Súmula 70 do STJ, que fixa, de forma indistinta, como termo inicial para a incidência dos juros moratórios, o trânsito em julgado da sentença. Para DI PIETRO, o artigo 15-B, promoveu a revogação da Súmula 70 do STJ. (2008, p. 169)

⁴¹ Exsurge, portanto, a necessidade de rever o conteúdo das Súmulas 12, 70 e 102, todas do STJ, pois incompatíveis com as alterações promovidas pelo advento da Emenda Constitucional n.º 62/2009.

Para tanto, restou evidenciado a importância do papel a ser desempenhado pelo perito do juízo, o qual deverá levar em consideração que os fatores como o tempo, a execução das obras na localidade, mudanças no mercado, poderão influenciar e comprometer a mensuração do real valor do imóvel, distorcendo o valor indenizatório, em prejuízo dos sujeitos processuais. Por este motivo, tanto o perito, quanto o juízo, quando da realização dos trabalhos periciais, deverão se atentar para o fato que a perícia deverá retratar e espelhar fidedignamente o valor do bem expropriado à época da imissão na posse, afastando os deletérios efeitos que o transcurso do tempo poderá ter sobre a veracidade e correção da avaliação do imóvel, que poderá ser supervalorizado, inclusive, em razão das obras realizadas pelo poder público expropriante, atribuindo-lhe uma mais valia indevida.

De igual modo, tecidas considerações acerca da diferença conceitual existente entre fator de comercialização e fundo de comércio, foi possível inferir a necessidade de se afastar a adoção do fator de comercialização nas avaliações destinadas a apurar o valor de imóveis a objetos de desapropriação, tendo em vista que, além de não encontrar amparo legal, sua adoção poderá interferir indevidamente na mensuração do valor do imóvel, deturpando a ideia de justa indenização consagrada constitucionalmente, em especial, em razão da impossibilidade de se determinar se o fato de o valor de mercado ser superior ao custo de sua reedição decorreu de alguma influência direta e relevante da própria intervenção do poder público na localidade para execução do empreendimento. Há que se destacar, ainda, que o expropriado, ao ter desapropriado o seu imóvel, tem a possibilidade de adquirir no mercado outro imóvel pronto semelhante ao seu, de forma que não necessariamente irá construir um novo imóvel, o que constitui mais um motivo para se afastar a inclusão da vantagem da coisa feita no cálculo do valor da indenização.

Referências

- BEZNOS, Clovis. *Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- CARVALHO, Raquel de Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Poduvm, 2009.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed., São Paulo: Atlas, 2009.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Lei de Desapropriação: Constituição de 1998 e Leis Ordinárias*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004.
- FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. *Revistando o instituto da desapropriação: uma agenda de temas para reflexão*. In: *Revisitando o instituto da desapropriação*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- HARADA, Kyoshi. *Desapropriação: doutrina e prática*. São Paulo: Atlas, 2014.
- LEITE, Solidônio. *Desapropriação por utilidade pública*. São Paulo: J Leite e Cia, 1921.
- MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: RT, 2006.
- MENDES, Vicente de Paula. *A indenização na desapropriação: doutrina, legislação e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Curso prático de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil. Vol. II*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação a luz da doutrina e da jurisprudência*. 6. ed., Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2009.
- SODRÉ, Eurico. *A desapropriação por necessidade ou utilidade pública*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1945.
- WITAKER, Firmino. *Desapropriação*. São Paulo: Saraiva, 1927.